

Aus Wissen und Wissenschaft

—22—

ABHANDLUNGEN  
ÜBER  
RECHTSVORSCHRIFTEN

學藝彙刊 (22)

法 制 論 叢

中華學藝社編輯



中華學藝社出版

1928

商務印書館發行

172123

ABHANDLUNGEN  
ÜBER  
RECHTSVORSCHRIFTEN

法 制 論 叢

中 華 學 藝 社 編 輯



中 華 學 藝 社 出 版      1928      商 務 印 書 館 發 行

# 目次

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 中華民國修訂民法應取之方針·····    | 楊鵬  |
| 誑言在法律上之效用·····        | 胡元義 |
| 命令法規與能力法規·····        | 胡元義 |
| 所有權之史的研究·····         | 徐式圭 |
| 租借地性質之研究·····         | 黃元彬 |
| 空中領域與航空機之攻擊·····      | 王宏實 |
| 法院對於外國人之民事管轄權·····    | 王毓英 |
| 論公司之國籍及在我國租界內之公司····· | 史尙寬 |
| 論選舉制度·····            | 龍守賢 |
| 論立法權與行政權之調制·····      | 薩孟武 |

|                |     |
|----------------|-----|
| 論兩院制·····      | 孝思  |
| 議會之質問權·····    | 王宏實 |
| 理論上之宗法·····    | 陶彙曾 |
| 現於服制之親屬制度····· | 陶彙曾 |
| 離婚原因之義絕·····   | 陶彙曾 |

# 中華民國修訂民法應取之方針

楊鵬

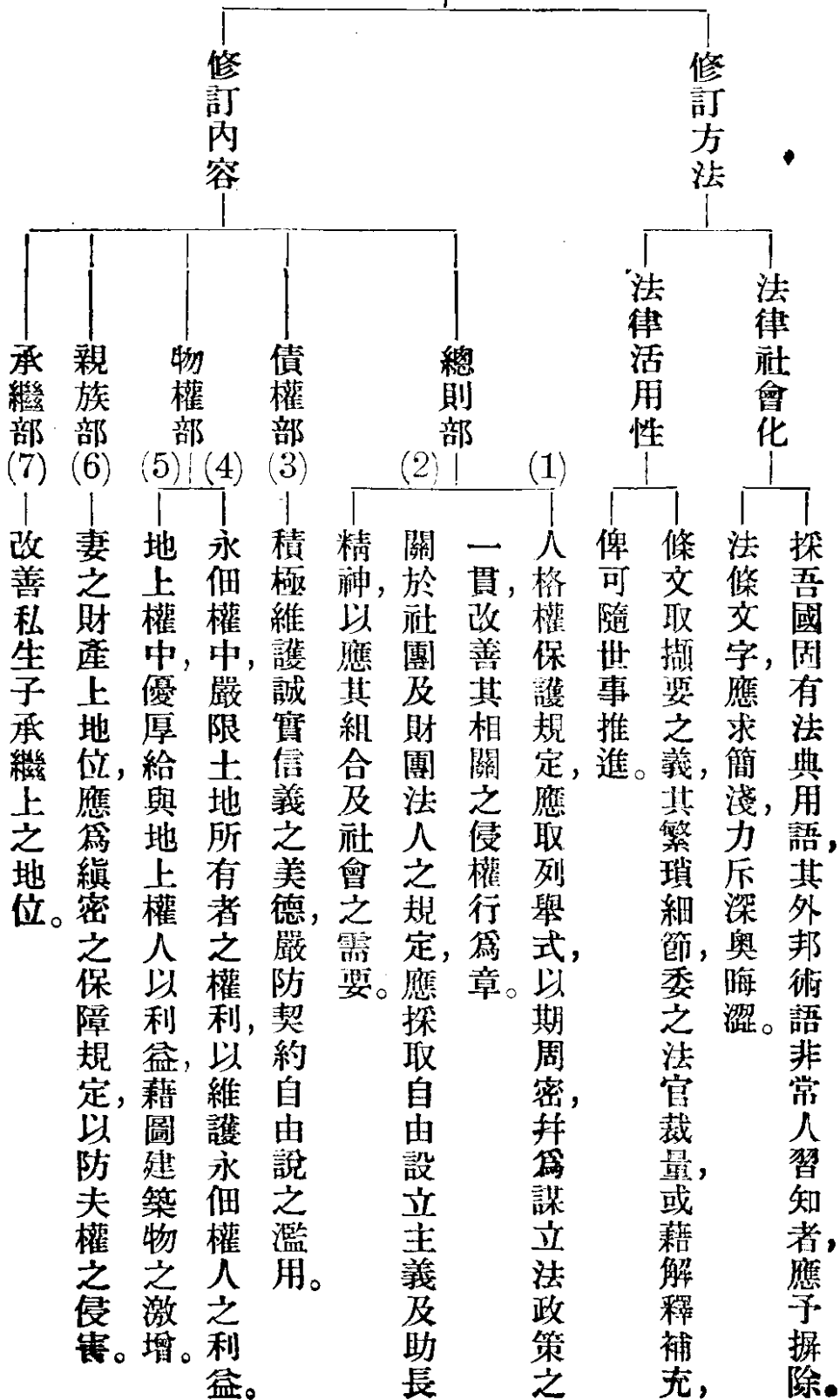
## 綱要

- (一) 基於立國精神，應使範圍吾人日常生活之民法，充滿平等精神，凡涉特權之規定，均應摒除。
- (二) 基於人格權居最高峯之條理，應對該權積極維護，以舉法律保障之實。
- (三) 基於公平正義法則，應扶持經濟上之弱者，對於債權人應為有限制之保護。
- (四) 基於近代經濟改新思潮，宜積極維護農人之利益，嚴重限制地主之權利。
- (五) 基於男女平等之鵠，應摒除民法上對於女子之各種限制。(本論僅及夫妻財產之部)
- (六) 基於天賦人權之旨，應除去私生子法律上差別待遇。

本論

中華民國修訂民法應取之方針

表解



國家立法，一方固貴適應社會之環境，權衡審訂，期無扞格不入之弊；一方尤當高瞻遠矚，基於公平正義法則，爲適宜之指針。誠以法律之爲用，有動靜兩性：由靜言之，在維持人羣之樂利，使無決防汛濫之事發生；由動言之，則又負促進公衆福祉，導之躋於康衢之責。後種職務，在民法部分，實爲顯著。蓋凡循規蹈矩之人，終其生可與刑法及其他懲罰法規不生關係，但不能與民法毫無繫屬。因吾人自出生以及成年，乃至於死亡，其間所經之階段，於權義有何影響，民法莫不爲之規定。他如吾人日常所關之事物，與夫身分間之權義，胥皆受其範疇。是該法之善否，吾人之樂苦繫焉。誠如是，吾人又豈可漠然視之哉！吾國爲世界文物最古之邦，各種法規制度，周秦時已粗具規模。就民事法規而論，至唐時亦已大備。其法系之早，殆與歐洲羅馬法並峙。迄唐以後，歷代雖有增革損益，然餘緒仍相承未墜。大清律中，戶役、田宅、婚姻、錢債等門，殆大部襲唐之舊規。是唐律精神之綿延幽久，又恰如羅馬法之於大陸法系也。晚清之季，政府知收回領事裁判權之必要，着手改革司法

制度，并從事編訂各種新律，民法草案遂於清末而產生。此種法案，採取大陸派立法例，其間大部，尤宗德制，除親族承繼等部，有一二處類似舊律外，餘則面目全非。故清末以迄民國，實爲我國法律改革極重要之時期，亦卽民事法制史上之一新紀元也。我民律草案既大部從同德制，是欲論我民草之優劣，不可不先知德民法之歷程，及其在現代社會之價值。原來一國法律，各有成立之淵源，此淵源卽其法之背景，各國之背景不同，故其規定旨趣亦異。就德民法，不論其受羅馬法之涵育潤澤，殆非一朝一夕。當德法律編纂委員會起草該法時，其內容之一部，固重學說與法律實驗，但他之一部，仍復根據其歷來所承受之異邦法，其因歷史之演進，不能脫離樊籠，蓋亦有由。一八八二年該法案在二讀會時，經聯邦參事會之議決，另組委員會，爲精密之審查訂正，其委員係合法律專家及各種經濟組合代表而成，復爲調劑實驗之得其平衡起見，更聘有法官及律師。其後該法案始於一八九五年先後通過產生。德民法制訂之力求完備，可謂無微不至。但若就現時眼光批評，

仍不免多所缺陷。緣其立腳點與現今社會所要求，未盡全相適合。申言之，即除其內容規定結構完密，條理謹嚴外，彼殆忘卻最大之目標。此目標維何？即多數無產階級之民衆是也。故無產之德民，除關於身分部分與民法發生關係外，其他可受民法之保障者，殆屬甚微。夫以著稱於世之德民法，投之今世，尙不免有不適應社會之譏。則較德民法更有遜色之我民法草案，又當何如？推其所以致此之由，均因立法者重視歷史心過強，富於保守性，不能基於維護人生生活平等眼光，以爲創制的立法。善夫瑞士法學者托而氏（P. THOR）之言曰：「民法非如他之法律，由於自然，實乃由於編纂法律者之藝術創作。」斯言也，實爲透見肝脾之論。是則民法之制訂，應採創作的精神，而不當取因襲的步驟。務當斟酌民族文化程度，爲之因勢利導。更須兼顧立國精神，謀方法上之調協。易言之：即凡民立政治之國，其民法之心核，應包含平等自由精神，凡有涉特權階級之保護與夫不正當之束縛等規定，均應剷除盡淨，俾此與吾人日常生活相關之法規，消極的不妨礙人生應享之

權能，積極的更促進民族一般之樂利。此實民主國家民法應取之準鵠，抑亦立於平民政治下之民族所當主張者也。夫如是，則關於我民法草案修訂之方策，可得而言焉。茲爲明晰起見，分爲修訂方法及其內容應取之方針分別論之。

（甲）修訂方法應趨重法律社會化及擴大法律活用性

（一）趨重法律社會化。民法乃爲全部民族日常生活事物矩範之法律，其包括之領域，雖未盡私法方面之全部，（如著作權法商標法等，雖屬私法，但不在民法範圍之內）。但其範圍之廣大，在私法中，非他法所能比擬。蓋他種私法，僅與少數人發生關係，而非如民法之泛及一般民衆也。民法既爲全民族而設之法，則表現該法內容之規定，自應力求明顯易解，深文澀句，固應忌避，外邦術語而非我民族所習知者，亦當摒去，凡所用語，總以我國法律所原有，或雖非我所原有，亦應以切合我國文字意義而爲一般人所習知者爲準鵠。誠以民法係爲普遍民衆而設之法，非爲讀律專家特創之研究品，則爲求民衆之易於了解起見，務當使

表現該法內之條文成爲社會化，其標準總以見解清晰之常人與智慧遲鈍之法官不必沉思潛慮，苦心鑽研，即可知曉爲依歸。要而言之，其各種規定，不當僅以通曉法律之人了解卽爲能事已盡，尤當使常與該法發生關係之民衆，易於明了，獲一法律上之指針，不致迷離摸索，茫無邊際也。

（二）擴大法律活用性。吾國幅員遼闊，民事習慣，各地迥殊，千頭萬緒，亂如棼絲，其間不適於人生生活正義法則，應在摒除之列者，固屬甚多。但不背於公共秩序善良風俗，且爲一地域顯著通行之習慣，應賦與法律上之效力者，亦復不少。揀選抉擇，既有掛一漏萬之嫌；分類歸納，復恐有閉門造車之慮。且民律之施行領域，遍及全國，自不能就某省之習慣而爲規定。於此種情形之下，謀所以補偏救弊，期與國情不相背馳，事理不相鑿枘，厥惟民法規定取擷要主義，其繁瑣細節，委之法官按情裁判，或以解釋而爲補充。如此非惟上述諸弊可免，而且法律可隨世事推遷，免除不適應人生生活之弊。或謂如子之說，豈不助長司法官專擅之功，及司

法機關而兼有立法權歟？（指解釋）不知前者有上訴以救其弊，後者亦有一定之軌可遵。徵之吾國現行事例，實不足慮。且如瑞士民法，其規定如取擷要主義，繁文細節，迴不從同德制，行之多年，不特未見有何罅漏之處，而且以完美見稱於世，矧我國情形更有特殊之背景乎？

### （乙）關於修訂內容方面應取之方針

民法方面所管領之事物，至繁且頤。其間因社會之進步，各種工藝機械之發明，與夫經濟之變遷，自不能常守舊規，故步自封。蓋法律之設，所以範疇事物。若事物脫蠶變遞，而法律不隨之俱進，則非惟法律與人生生活不相調協，且將因之而阻礙社會之進步。例如土地所有權之範圍，依我民草九百九十一條規定：於法令之制限內，及於地上地下，若他人之干涉無礙其所有權之行使者，不得排除之。（德民法九零五條，瑞士民法六六七條，法民法五五二條，日本民法二零七條同。）此種規定，在昔時航空飛機飛船未盛行時，所關尚不甚鉅，今則空中航行之盛，一

日千里，依我民草規定，所謂地上，其界度究何所指，殊屬疑問，則所謂地上，（指高度）應規定一明確界限，以不礙於航空線爲度，實屬必要。雖我民草有法令限制內一語，可另訂他種法規以救其弊，但究不若於民法中明文規定爲妥。此外屬於現代經濟狀況及技術工業所演進之事物，而與吾人日常生活相關者，均應爲之精密推求，網羅於民法之內，并準於增進羣衆福利之眼光，爲之助長或保護。此則編訂法律時所當留意者也。他如基於公正法則及社會問題，有重要數點，所當商榷者：

（一）人格權保護之規定，應取列舉式，以期周密，并爲謀立法政策之一貫，改善其相關之侵權行爲章。人格權一語，意義至廣。約言之，凡吾人精神或物質生活所及之範圍，卽爲人人格權存在之領域。具體言之，如關於生命身體精神上之安全，以及自由，名譽，信用，尊稱，姓名，黨徽，商號，商標，（此等人格權之保障散見於商法及其他特種法規）等權利是；此外祕密事項，如關於律師醫士產婆等職業

上之祕密，與官吏公吏職務上之祕密，以及私人信件日記賬冊等，未經私人公表之事，亦均屬之；再如著作權及其他各種工業發明，及藝術作品，亦應包括於人格權之內。人格權之保護，爲近代法律上重要之使命。其着眼利益，非僅爲個人，實乃兼爲社會及國家也。夫吾人應享有之最重要權利，雖憲法上已爲之規定，刑法上又復爲之保障，然此乃屬於公法之領域，其範圍不過及其犖犖大者。且所謂刑法上之保障，不過對於侵害吾人之對手方，加以制裁，係屬消極的性質。若夫被侵害後之補救，則純屬私法範圍。故民法關於人格權保護之規定，純屬積極的。其規定良否，吾人之樂利繫焉。大陸法系各國民法，關於此等規定，繁簡各異。我民草案第一編第二章第五節各條，明示人格權保護之方法，不能不謂爲最進步之立法例。此雖寥寥數條，然其內容包括至廣，舉凡吾人基於法律所應享有之私權全部，胥在其中，觸類引伸，不可枚舉。此種概括根本的規定，即德民法亦所不及。蓋德國民法僅規定表現的少數之人格權及姓氏權，其範圍較此不免有廣狹之別也。惟本

節及其適用上相關之第二編第八章，有當商權者，即本節五十一條第一項云：人格關係受侵害者，得請求摒除其侵害。所謂人格關係一語，其中原包含有人生各種之權利。因吾人生活可分爲兩方面觀察：就吾人構成社會之一個體言之，則爲自然人，就吾人因社會關係而形成之人言之，則吾人之所以爲人者，乃由於社會人心而成。換言之，即由倫理或經濟或交際等人格表現而成。上述各種之人格權，胥包括在本條所謂人格關係一語之內。夫以人生生活各種之重要權利，而用此概括之名以當之，即讀律之士，有時恐亦不免歧路亡羊，而謂普通人就此數字，可收按圖索驥之功，不亦嚙語歟？故常人人格權而受有侵害時，縱欲訴之法庭，自苦不知所據矣。是以此等規定，不過供讀律者之咀嚼，常人固莫明其妙也。鄙見以爲應就（一）生命康健身體安全，（二）精神安全，（三）自由，（四）名譽，（五）祕密，（六）經濟生活等項，重要人格權，分列規定，不當用此概括之名代表一切。蓋爲求法律之社會化起見，不妨自我創始，不必襲人舊規。（按我草案第一編第五節各

條本採自瑞士民法二七條乃至三十條。不越藩籬也。此應商榷者一。

吾人人格關係受侵害時，依我民草第五十一條第二項規定，以法律規定者爲限，得請求損害賠償，或撫慰金？所謂法律特別規定者，其大部即第二編侵權行爲章所規定者是。故侵權行爲章各規定，殆不啻人格受損害後所形成之債權。關於此點，學者間雖不無反對之論，但捨此而外，亦實別無救濟辦法。（註一）是以我民草案，仍從同德瑞等立法例，爲侵權行爲章之訂定，承認人格權受侵害後賠償之制度。惟本章規定，不免有忽視人格權保護之嫌，蹈立法政策不相貫徹之誚，何以言之？因本章各條規定純係側重維護被害人（債權人）之利益，至於加害人（債務人）方面，則毫不顧及。揆之公平法則，固不相符，即按之保護人格權之立法原意，亦未見其吻合。原來人格權之保護，實無債權人與債務人之別。縱債權之發生原因係基於犯罪，然刑法上之制裁，已足以蔽其辜，其餘所負之民事責任，充其極不過補償關係而已。矧債務人有時所負之賠償責任，并非由於刑事及直接由

己之行爲而生者乎？例於民草關於雇主因雇用人執行業務所生侵害，有時亦負損害賠償之責。『民草九五二』夫民法上加與債務人之責任，非如刑事上加與犯罪者之責任含有制裁惡性之意味，故債務人之人格權并不因其所負之民事責任而減削，自不應對於其經濟生活剝削盡淨。茲侵權行爲發生之債務既不出於金錢賠償，然而人生貧富不同，萬金之贖，富家易爲，一銖之償，貧者難當。我民草於茲，絕無調劑之規定，一律等量齊觀，縱令債務人因此腦肝塗地，生機全無，亦所不顧。其重視財產，輕蔑人生，可謂無以復加。此誠不能不謂爲我民草案重大之缺點也。查瑞士民法四四條第二項規定云：因故意或過失惹起損害之賠償義務者，若履行賠償而陷於危難境遇時，裁判官可基此原因，減輕其賠償責任。此項規定，適不啻爲垂亡者進一贖命羹。世言瑞士民法側重保護弱者，信然不誣。夫此規定之適用，直接固關於本章各節之調劑，間接則又繫於人格權之保護。較我民草案之首尾不相隸屬者，判若霄壤矣。鄙見以爲我民草第二編第八章，應採取此種立